



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 61.774/4
du 9 octobre 2017

sur

un avant-projet d'ordonnance
de la Commission
communautaire commune
'visant à promouvoir la
diversité et à lutter contre la
discrimination dans les
institutions, centres et services
relevant de la compétence de la
Commission communautaire
commune ainsi que dans les
Services du Collège réuni de la
Commission communautaire
commune'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 61.774/4
van 9 oktober 2017

over

een voorontwerp van
ordonnantie van de
Gemeenschappelijke
Gemeenschapscommissie 'ter
bevordering van de diversiteit
en ter bestrijding van de
discriminatie in de instellingen,
centra en diensten die tot de
bevoegdheid van de
Gemeenschappelijke
Gemeenschapscommissie
behoren alsook in de Diensten
van het Verenigd College van
de Gemeenschappelijke
Gemeenschapscommissie'

Le 29 juin 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par les Ministres, Membres du Collège réuni de la Commission communautaire commune, compétents pour la politique de la Santé, la Fonction publique, les Finances, le Budget, le Patrimoine et les Relations extérieures à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 16 octobre 2017 ^{*}, sur un avant-projet d'ordonnance 'visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans les institutions, centres et services relevant de la compétence de la Commission communautaire commune ainsi que dans les Services du Collège réuni de la Commission communautaire commune'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 9 octobre 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre LIÉNARDY et Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 octobre 2017.

*

^{*} Par une lettre du 4 juillet 2017.

Op 29 juni 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Ministers, leden van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, bevoegd voor het Gezondheidsbeleid, het Openbaar Ambt, de Financiën, de Begroting, het Patrimonium en de Externe Betrekkingen verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 16 oktober 2017 ^{*} een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie ‘ter bevordering van de diversiteit en ter bestrijding van de discriminatie in de instellingen, centra en diensten die tot de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie behoren alsook in de Diensten van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie’.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 9 oktober 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Marianne DONY, assessoren, en Charles-Henri VAN HOVE, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre LIÉNARDY en Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 oktober 2017.

*

^{*} Bij brief van 4 juli 2017.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Invitée à communiquer l'avis de l'Inspecteur des Finances et l'accord des Membres du Collège réuni compétents pour les Finances et le Budget, la déléguée du Membre du Collège réuni de la Commission communautaire commune a répondu :

« À ce stade de la transposition, l'ordonnance ne présente pas d'impact budgétaire. Cet aspect sera, en effet, examiné dans le cadre de la mise en œuvre opérationnelle par arrêtés d'exécution ».

En vertu des articles 30 et 9 de l'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 8 mars 2007 'relatif au contrôle administratif et budgétaire ainsi qu'à l'établissement du budget', sont soumis à l'avis de l'Inspecteur des Finances et à l'accord préalable des Membres du Collège réuni compétents pour les Finances et le Budget, les avant-projets d'ordonnance « qui sont directement ou indirectement de nature à influencer les recettes ou à entraîner des dépenses nouvelles ».

Puisque les arrêtés d'exécution de cet avant-projet d'ordonnance sont susceptibles d'avoir un impact budgétaire, l'avant-projet examiné est à tout le moins indirectement de nature à entraîner des dépenses nouvelles.

L'auteur de l'avant-projet veillera à la correcte et préalable exécution du contrôle budgétaire.

OBSERVATION PRÉALABLE

Dans l'avis n° 45.702/2 donné le 29 décembre 2008, sur un avant-projet devenu le décret de la Commission Communautaire française du 9 juillet 2010 'relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement'¹, la section de législation a formulé l'observation suivante :

« Ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé², la nécessité d'assurer correctement la transposition de directives européennes et celle

[‡] S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/45702.pdf>.

² *Note de bas de page 5 de l'avis cité* : Sur le caractère indispensable de l'établissement de pareils tableaux, tant pour l'auteur de l'avant-projet et le Parlement que pour la section de législation du Conseil d'État, voir aussi le rapport

d'informer adéquatement le Parlement sur le choix des moyens que le Gouvernement lui propose de mettre en œuvre, commandent que des tableaux de transposition des directives en cause et des dispositions de l'avant-projet, soient établis dans les deux sens³, soient annexés à la lettre de demande d'avis adressée à la section de législation afin d'en faciliter l'examen⁴ et soient joints au projet législatif lui-même⁵. Ces tableaux sont en effet très utiles pour l'assemblée législative mais également pour les destinataires des règles. Ils permettent aussi d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres. Pareille exigence correspond par ailleurs aux considérants de plusieurs des directives que l'avant-projet examiné vise précisément à transposer⁶.

La nécessité d'établir et de communiquer les tableaux de transposition des directives concernées dans les deux sens est d'autant plus essentielle en ce qui concerne le présent avant-projet de décret, vu la complexité de son contexte juridique tant européen qu'intérieur: non seulement il procède à la transposition simultanée de plusieurs directives européennes présentant chacune leurs propres spécificités, mais en outre les compétences de la Commission communautaire française sont limitées par rapport au champ d'application de ces directives et, de plus, la matière se caractérise par une grande technicité juridique [...] »⁷.

L'avant-projet d'ordonnance appelle *mutatis mutandis* la même observation.

annuel du Conseil d'État, 2005-2006, n^{os} 15 à 17 (<http://www.conseildetat.be>) et notamment l'avis 44.742/4, donné le 9 juillet 2008, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de décret de la Communauté française « de la Communauté française relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination » (*Doc. parl.*, Parl. Comm. Fr., 2008-2009, n^o 601/1, pp. 91-92).

³ *Note de bas de page 6 de l'avis cité* : Voir sur ce point *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, (<http://www.conseildetat.be>) qui requiert expressément l'établissement de deux tableaux de transposition : un tableau de correspondance entre les articles de la directive et ceux de l'acte de transposition et un tableau de correspondance entre les articles de l'acte de transposition et ceux de la directive (p. 118, §§ 191.1 et 191.2).

⁴ *Note de bas de page 7 de l'avis cité* : *Ibidem*, p. 118, § 192.

⁵ *Note de bas de page 8 de l'avis cité* : *Ibidem*, p. 118, § 193.

⁶ *Note de bas de page 9 de l'avis cité* : Voir les considérants (29) de la directive 2004/113/CE, (41) de la directive 2006/54/CE en vertu desquels « (...) les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent, dans la mesure du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition et à les rendre publics ».

⁷ Voir dans le même sens l'avis n^o 55.580/4 donné le 24 mars 2014 sur un avant-projet d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services', l'observation n^o 2, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/55580.pdf>.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. Quant au champ d'application de l'ordonnance en projet

1. Selon le commentaire de son article 5, l'ordonnance en projet « tend à s'appliquer aux relations de travail au sein des Services du Collège réuni [...], ainsi qu'à l'ensemble des compétences attribuées à la Commission communautaire commune ». Toujours selon le commentaire,

« [d]ès lors, conformément aux articles 135 de la Constitution et 63 et 64 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises, les compétences matérielles de la Commission communautaire commune, mises en œuvre dans la présente ordonnance, sont les suivantes :

– En ce qui concerne la politique de santé, la politique de dispensation de soins dans et au dehors des institutions de soins, à l'exception des compétences réservées à l'autorité fédérale par l'article 5, § 1^{er}, I, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et à l'exception des hôpitaux universitaires situés sur le territoire bilingue de Bruxelles-Capitale ;

– En matière d'aide aux personnes :

1° la politique familiale, en ce compris toutes les formes d'aide et d'assistance aux familles et aux enfants ;

2° la politique d'aide sociale, en ce compris les règles organiques relatives aux centres publics d'aide sociale, à l'exception des compétences réservées à l'autorité fédérale par l'article 5, § 1^{er}, II, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ;

3° la politique d'accueil et d'intégration des immigrés ;

4° la politique des handicapés, en ce compris la formation, la reconversion et le recyclage professionnels des handicapés, à l'exception des compétences réservées à l'autorité fédérale par l'article 5, § 1^{er}, II, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ;

5° la politique du troisième âge à l'exception de la fixation du montant minimum, des conditions d'octroi et du financement du revenu légalement garanti aux personnes âgées ;

6° la protection de la jeunesse, en ce compris la protection sociale et la protection judiciaire, à l'exception des compétences réservées à l'autorité fédérale par l'article 5, § 1^{er}, II, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ;

7° l'aide sociale aux détenus, en vue de leur réinsertion sociale.

Cet article énonce donc les aspects de ces compétences qui peuvent être concernés par la promotion de la diversité et la lutte contre la discrimination.

Par ailleurs, dans les matières pour lesquelles la Commission communautaire commune exerce des compétences de programmation, agrément et/ou subventionnement d'institutions, centres et services gérés tant par une personne morale de droit public ou de droit privé que par une personne physique, des dispositions modificatives adaptent les ordonnances existantes aux principes et obligations édictées par le présent texte.

Quant aux notions de 'relations de travail' – issue des Directives européennes – et d'administration', elles sont définies à l'article 3 ».

La volonté ainsi exprimée par son auteur de voir le dispositif en projet s'appliquer dans l'ensemble des compétences de la Commission communautaire commune est cependant mal reflétée dans le texte même de l'article 5 de l'avant-projet qui, notamment en comparaison avec d'autres dispositifs à finalité identique issus de l'État fédéral⁸ ou d'autres collectivités fédérées, semble plus restrictif puisqu'il ne vise, au titre du champ d'application de l'ordonnance en projet, que :

- l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services qui sont à la disposition du public et qui sont offerts en dehors de la sphère privée et familiale ainsi que les transactions qui se déroulent dans ce cadre, les notions de « biens » et de « services » étant elles-mêmes définies par le texte en projet via une référence obsolète au Traité instituant la Communauté européenne (article 3, 13° et 14° en projet) ;
- l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale ou politique accessible au public ;
- les relations de travail qui se nouent au sein des services de la Commission communautaire française⁹.

Il conviendrait que l'article 5 soit réécrit, par exemple sur le modèle de l'article 4 du décret de la Commission communautaire française du 9 juillet 2010 dont l'avant-projet s'inspire manifestement¹⁰, de sorte qu'il ressorte mieux de celui-ci que l'ordonnance en projet s'applique à l'ensemble des matières relevant de la compétence de la Commission communautaire commune. La disposition doit inclure en tous cas dans son champ d'application l'ensemble des domaines que les directives 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000¹¹, 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000¹², 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004¹³ et 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006¹⁴ commandent de couvrir et qui relèvent de la compétence de la Commission communautaire commune. S'agissant de la première directive citée (article 3, paragraphe 1^{er}, e) et f), il en va ainsi notamment de ceux des aspects de la « protection sociale » et des « avantages sociaux », au sens de cette directive, qui relèvent en effet de la compétence de la Commission communautaire commune.

⁸ Voir par exemple l'article 5 de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination'.

⁹ Le texte même vise les « services de la Commission communautaire commune », ce qui, compte tenu de la définition donnée par l'article 3, 16° en projet, est plus large que les services du Collège réuni, auxquels se réfère le commentaire précité.

¹⁰ Voir également l'article 4 du décret de la Communauté germanophone du 19 mars 2012 'visant à lutter contre certaines formes de discrimination'.

¹¹ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 'relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique'.

¹² Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 'portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail'.

¹³ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 'mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services'.

¹⁴ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 'relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)'.

L'article 5 sera revu en ce sens.

II. Quant à la définition de la « discrimination directe » et de la « discrimination indirecte » et au régime juridique qui leur sont associés

1. Le texte en projet soulève diverses interrogations et critiques quant à la manière dont il définit les notions de « discrimination directe » et de « discrimination indirecte » et met en place le régime de justification des comportements qui en sont constitutifs.

2. Dans le texte français, l'article 3, 6°, de l'avant-projet définit la « discrimination directe » comme toute « discrimination » fondée sur l'un des critères énumérés, ce qui est tautologique. Le texte néerlandais de cette même disposition ne comporte pas le même défaut mais ne présente cependant pas toute la clarté voulue. En effet, celle-ci assimile de manière pure et simple toute distinction de traitement fondée directement sur l'un des critères énumérés à une discrimination prohibée. Or, les articles 10, 11, 13 et 14 de l'avant-projet énoncent précisément des situations où une distinction de traitement fondée directement sur l'un ou l'autre de ces critères ne devra pas être considérée comme une discrimination directe prohibée. Une difficulté du même ordre se pose s'agissant de la discrimination « indirecte » prohibée : tant dans le texte français que néerlandais, l'article 3, 7°, en projet laisse entendre que « toute disposition, tout critère ou toute pratique » ayant potentiellement les effets préjudiciables décrits est constitutive d'une discrimination indirecte prohibée, alors que l'article 12 en projet, notamment, énonce un motif général de justification de pareil « disposition, pratique ou critère ».

Aux fins de clarification, il conviendrait que, à l'instar des législations fédérales dont il s'inspire, l'avant-projet inclue la dichotomie entre « distinction » (directe ou indirecte) de traitement et « discrimination » (directe ou indirecte) dans ses définitions.

3. Par ailleurs, il ressort du dispositif en projet que les distinctions de traitement fondées directement sur l'un des critères protégés ne seront, quels que soient le critère visé et le domaine d'application concerné, justifiables que dans un nombre réduit d'hypothèses :

- l'existence d'une exigence professionnelle essentielle, véritable et déterminante, pour ce qui concerne les relations de travail (article 10) ;
- sous condition de proportionnalité, les distinctions de traitement fondées sur l'âge (article 11, § 1^{er}) ;
- sous condition de proportionnalité, les distinctions de traitement fondées sur le sexe, dans le domaine de la fourniture des biens et services (article 11, § 2) ;
- sous condition de proportionnalité, les distinctions de traitement qualifiables d'« action positive » (article 13) ;
- et enfin les distinctions de traitement imposées par ou en vertu d'une loi ou d'une ordonnance (article 14).

Il ressortirait de la logique de l'avant-projet qu'une distinction de traitement non susceptible d'être rattachée à l'une de ces situations serait prohibée de manière absolue. Telle ne saurait être l'intention de l'auteur de l'avant-projet. La prohibition absolue portée par le dispositif en projet pourrait par ailleurs avoir des conséquences inattendues.

En conséquence, la section de législation invite l'auteur de l'avant-projet à retenir pour principe, sur le modèle de la législation fédérale¹⁵ et d'autres législations fédérées¹⁶, qu'une distinction de traitement fondée directement sur un critère protégé peut toujours être justifiée par un objectif légitime et sous condition de proportionnalité, sauf application à titre exceptionnel d'un régime plus sévère, spécialement lorsque le droit de l'Union européenne le requiert.

4. L'article 12 en projet met en place un régime général de justification des distinctions de traitement fondées indirectement sur l'un des critères protégés. Il s'agit d'un régime « ouvert » de justification, fondée sur l'exigence d'un but légitime et la condition de proportionnalité. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de viser, dans les motifs de justification spécifiques qu'énoncent les articles 10 et 11 de l'avant-projet, le cas de la discrimination « indirecte ».

5. Enfin, divers dispositifs en projet ne sont pas conformes à ce qu'imposent ou permettent les directives européennes pertinentes en termes de justification des distinctions de traitement.

Ainsi, l'article 4, paragraphe 5, de la directive 2004/113/CE précise que celle-ci « n'exclut pas les différences de traitement si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires ». Il ne s'agit donc pas, à l'instar de ce que fait l'article 11, § 2, en projet, d'autoriser sous conditions de proportionnalité et de but légitime toute forme quelconque de distinction de traitement fondée sur le sexe dans la fourniture des biens et services.

Par ailleurs, et contrairement à ce que suggère l'article 12, 2°, en projet, l'exception tirée de l'impossibilité de mettre en place des aménagements raisonnables au profit de la personne handicapée ne peut être invoquée à propos de toute « différence de traitement sur la base d'un handicap », sans plus amples spécifications mais uniquement, dans la logique de l'article 2, paragraphe 2, b), de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, à propos des distinctions de traitement fondées indirectement sur le handicap.

6. L'avant-projet d'ordonnance sera fondamentalement revu à la lumière de ces observations.

¹⁵ Voir par exemple l'article 7 de la loi du 10 mai 2007 .

¹⁶ Voir l'article 5, alinéa 3, du décret de la Communauté germanophone du 19 mars 2012 ; l'article 7 de la loi du 10 mai 2007 ; l'article 7 du décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 'relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination' ; l'article 6 du décret flamand du 10 juillet 2008 'houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid'.

III. Quant aux assimilations entre les distinctions de traitement fondées directement sur le sexe et les distinctions de traitement fondées sur d'autres critères

L'article 3, 6°, de l'avant-projet répertorie sous la forme de catégories distinctes les distinctions de traitement fondées sur le « sexe », la « maternité », la « grossesse », l'« accouchement » et le « changement de sexe ». Il en résulte, à contrario, que là où il ne vise explicitement que les distinctions de traitement fondées directement sur le « sexe », l'avant-projet n'inclut pas les distinctions de traitement fondées sur la « maternité » ou encore l'« accouchement ». Ainsi en va-t-il de l'article 11, § 2, de l'avant-projet.

Le résultat auquel il est pareillement abouti n'est pas conforme à ce que prévoient les directives européennes applicables. Selon le considérant 23 du préambule de la directive 2006/54/CE, « il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe ». Le considérant 20 du préambule de la directive 2004/113/CE précise pour sa part, en sens convergent, que « un traitement moins favorable de la femme en raison de la grossesse et de la maternité devrait être considéré comme une forme de discrimination directe fondée sur le sexe ».

Dans son avis n° 50.114/2/V donné le 23 août 2011 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 12 janvier 2012 'modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination'¹⁷, la section de législation énonçait ce qui suit :

« Selon l'exposé des motifs, la volonté est notamment de faire clairement apparaître que 'la grossesse, l'accouchement et la maternité, ou encore le transsexualisme et le changement de sexe' sont des critères apparentés au sexe et font donc partie des critères protégés.

Il n'est néanmoins pas certain que la simple modification de l'article 4, 5°, du décret suffise à ce que, dans tout le corps du texte, l'interdiction de discriminer sur la base du sexe englobe ces critères apparentés. Il en va notamment ainsi de l'article 8 du décret, qui ne vise qu'une discrimination fondée sur le sexe sans plus viser les critères apparentés.

La sécurité juridique serait mieux assurée si le décret s'inspirait de la même logique de l'article 4 de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', qui dispose :

« § 1^{er}. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe.

§ 2. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur le changement de sexe est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe'.

¹⁷ Avis n° 50.114/2/V donné le 23 août 2011 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne 'modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2011-2012, n° 490/1, p. 9), <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/50114.pdf>.

L'exposé des motifs du projet de loi justifiait ainsi l'adoption de cette disposition :

‘Dans son premier paragraphe, cet article prévoit que la distinction directe sur la base de la grossesse, de l'accouchement ou de la maternité est assimilée à une distinction directe sur la base du sexe. Le deuxième paragraphe prévoit que la distinction directe sur la base du changement de sexe est assimilée à la distinction directe sur la base du sexe.

Pour que les obligations européennes de la Belgique soient correctement respectées, il est impératif que les distinctions de traitement fondées directement sur la grossesse, l'accouchement et la maternité soient traitées comme des distinctions directes fondées sur le sexe (voy. notamm. l'art. 4, § 1^{er}, a, de la directive 113/2004, ainsi que C.J.C.E, 177/88, arrêt Dekker du 8 novembre 1990. Voy. égal. l'actuel article 4, al. 2, de la loi du 7 mai 1999), et non comme des distinctions indirectes fondées sur le sexe. Le régime de justification n'est en effet pas identique dans l'un et l'autre cas.

L'assimilation des distinctions de traitement fondées sur le changement de sexe à des distinctions directes fondées sur le sexe est un enseignement issu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E., C-13/94, arrêt P/S du 30 avril 1996)¹⁸.

L'article 3, 2°, actuel du décret et l'article 4, 5°, en projet (article 2 de l'avant-projet) doivent être revus en conséquence ».

L'avant-projet à l'examen sera revu à la lumière de cette observation.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 3

1. La question se pose de savoir pourquoi, contrairement à l'article 5, 10°, du décret du 9 juillet 2010 dont l'avant-projet s'inspire, la notion de rémunération n'est pas ici définie alors qu'elle sert de base au calcul de l'indemnité déterminé à l'article 16, § 2, 2°, de l'avant-projet. L'auteur de l'avant-projet examinera s'il ne serait pas opportun de définir cette notion.

2. Au 1°, y a-t-il une raison particulière que la section de législation n'aperçoit pas d'emblée pour laquelle aux côtés des « conditions d'accès », en ce compris « les critères de sélection et les conditions de recrutement », les conditions de désignation ne sont pas ici prévues, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 5, 9°, du décret du 9 juillet 2010 ?

3. Au 2°, la section de législation n'aperçoit pas la nécessité de définir la notion de « travailleur ». Elle note au surplus que certaines des relations de travail incluses dans la définition proposée échappent, en termes de réglementation, à la compétence de la Commission communautaire commune.

¹⁸ Note de bas de page 2 de l'avis cité : Doc. parl., Chambre, 2006-2007, n° 51 2721/1, pp. 37-38.

4. Au 4°, dans la version française, la question se pose de savoir pourquoi, contrairement à l'article 5, 18°, du décret du 9 juillet 2010, la notion de « règlement collectif » n'entre pas également dans la définition du mot « dispositions » dès lors qu'entrent dans cette catégorie les règlements de travail qui ne sont ni des « actes administratifs », ni des « conventions individuelles ou collectives », ni des « documents établis unilatéralement ».

Par souci de complétude de la norme, la notion de « règlement collectif » sera ajoutée dans la version française de l'énumération.

5. Aux 13° et 14°, les références au Traité instituant la Communauté européenne doivent être remplacées par des références au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

6. Au 14°, la référence à l'article 5, 3°, doit être remplacée par une référence à l'article 5, 1°.

Article 4

Comme l'observait l'avis n° 45.702/2 donné le 29 décembre 2008 sur un avant-projet devenu le décret de la Commission communautaire française du 9 juillet 2010 à propos d'une disposition similaire, l'article n'a pas de portée normative.

Il doit donc être omis.

Article 6

La disposition se place dans un chapitre III intitulé « Promotion de la diversité ». Il a notamment pour objet d'imposer à chaque institution, centre et service agréé par la Commission communautaire commune ou soumis au contrôle de celle-ci d'élaborer un « plan d'action diversité » sans en fournir l'objectif ni le contenu. Ce faisant, le lien que l'auteur de l'avant-projet semble vouloir établir entre ce chapitre et le chapitre IV intitulé « Lutte contre la discrimination » n'apparaît pas clairement.

En effet, il convient de rappeler que les actions visant à intégrer l'aspect « diversité » dans la politique menée par le Collège réuni ne sont pas nécessairement et indissociablement liées à la consécration du principe de l'égalité de traitement et aux actions à prendre en vue de « lutter contre les discriminations ». Mener des « actions diversité » peut certes recouvrir, par exemple, des actions positives visant à promouvoir l'égalité de traitement en luttant contre les discriminations mais elles peuvent aussi avoir un tout autre but comme, à l'instar de ce que prévoit l'ordonnance du 4 septembre 2008 'visant à assurer une politique de diversité au sein de la fonction publique bruxelloise', un « dispositif de mesures destinées à favoriser la

représentation de l'ensemble des composantes de la population »¹⁹, par exemple, qui ne se confond pas avec des mesures de prévention ou de lutte contre la discrimination.

Or, en réglant ces deux matières dans un même texte sans les différencier dans leurs objectifs respectifs, l'auteur de l'avant-projet donne l'impression que les deux démarches dont il assure la promotion se recoupent, ce qui ne se vérifie pas dans tous les cas. De la sorte, la lisibilité et la clarté des différentes mesures ne sont certainement pas assurées.

L'exposé des motifs ou le commentaire de l'article sera complété de manière à préciser quelles sont les intentions poursuivies par l'auteur de l'avant-projet en couplant les « actions diversité » et celles destinées à prévenir ou lutter contre les discriminations ainsi que la manière dont elles s'articulent entre elles pour concrétiser ces intentions²⁰.

Article 7

Le mot « institution » sera remplacé par les mots « institution, centre et service agréé par la Commission communautaire commune ou soumis au contrôle de celle-ci ».

Article 11

Le mot « soit » sera omis dans le texte français.

Article 17

1. Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu de mentionner l'article 26 et non pas l'article 27.
2. Il y a lieu de remplacer les mots « la juridiction saisie » par les mots « le président de la juridiction compétente »²¹, ceci afin de rester dans les limites des pouvoirs implicites.
3. L'habilitation figurant au paragraphe 4, alinéa 2, n'est pas admissible au regard du principe de légalité s'appliquant en matière judiciaire. La forme, le contenu et les modalités de la requête doivent être fixés par le législateur, à l'image de l'article 17, § 4, du décret du 9 juillet 2010, par exemple.

¹⁹ Les développements de la proposition à l'origine de cette ordonnance précisent que celle-ci « vise à favoriser la mixité sociale et la représentation de toutes les composantes de la population à un emploi au sein des pouvoirs publics » (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2005-2006, n° A-281, p. 8).

²⁰ À cette occasion, l'auteur s'interrogera sur la question de savoir s'il ne serait pas préférable d'adopter des textes législatifs distincts qui abordent chaque matière en soi.

²¹ Voir l'article 17 du décret du 9 juillet 2010.

Articles 19 et 20

Interrogée sur la question de savoir pourquoi, à la différence du décret du 9 juillet 2010, il n'est pas inséré une section IV intitulée 'Dispositions pénales' et pourquoi se priver d'une disposition similaire à l'article 19 de ce décret, qui définit la notion de discrimination pour l'application de cette section, la déléguée du Membre du Collège réuni a répondu que « le texte sera modifié en conséquence ».

Par voie de conséquence, le mot « intentionnellement » sera omis à l'article 20.

Article 24

Pour être conforme à ce qu'exigent les directives européennes applicables, le dispositif de partage de la charge de la preuve mis en place par l'article 24 doit s'appliquer à toutes les formes de discrimination visées par l'article 9, § 2, de l'avant-projet et non aux seules « discriminations directes ou indirectes ».

Article 25

1. L'article 25 de l'avant-projet met en place un dispositif de protection contre les « représailles » dont une personne pourrait faire l'objet en réaction à une plainte fondée sur la méconnaissance des obligations qu'il impose.

Aux fins de correcte mise en œuvre des directives communautaires pertinentes, il est nécessaire que ce dispositif soit applicable, non seulement dans le domaine des relations de travail ²², mais aussi en dehors de celui-ci ²³.

Selon son commentaire, l'article 25 de l'avant-projet dispose bel et bien de l'applicabilité étendue pareillement requise : « L'article 25 protège contre les mesures de représailles qui pourraient être prises à la suite d'une plainte pour discrimination [...]. Cette protection s'étend évidemment au-delà des relations de travail nouées au sein des Services du Collège réuni. Ainsi, la protection contre les mesures de représailles pourra-t-elle tout aussi bien s'appliquer à l'égard d'une institution, d'un centre ou d'un service agréés et/ou subventionnés qui n'offriraient plus leurs services à une personne ayant déposé plainte pour discrimination à leur encontre ».

L'intention ainsi exprimée ne ressort pas à suffisance du texte de l'avant-projet lui-même, qui ne semble viser essentiellement que le cas des mesures de rétorsion survenant dans la relation de travail. Le texte même du dispositif doit être clarifié sur ce point.

²² Voir l'article 11 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>.

²³ Voir l'article 9 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 et l'article 10 de la directive 2004/113/CE.

2. L'utilité de la notion de « mesure préjudiciable » n'apparaît pas à priori : une telle définition ne figure d'ailleurs pas dans le décret du 9 juillet 2010.

En outre, dès lors que l'ordonnance en projet entend couvrir non seulement les relations de travail mais également l'accès aux biens et services au sens de l'article 3, 13° et 14°, de l'avant-projet, il semble réducteur de ne citer à titre illustratif – notamment – que des exemples tenant aux relations de travail. Mieux vaut donner ces exemples et d'autres qui illustrent plus largement le champ d'application de l'ordonnance en projet dans le commentaire de l'article et omettre cette définition, tout en laissant au juge le soin d'apprécier l'existence d'une mesure préjudiciable au sens de l'ordonnance en projet.

3. Aux paragraphes 2, alinéa 2, et 4, alinéa 2, les mots « à la poste » seront omis.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Naar aanleiding van het verzoek om het advies van de inspecteur van Financiën en de akkoordbevinding van de Leden van het Verenigd College bevoegd voor Financiën en Begroting mee te delen, heeft de gemachtigde van het Lid van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie het volgende geantwoord:

“À ce stade de la transposition, l’ordonnance ne présente pas d’impact budgétaire. Cet aspect sera, en effet, examiné dans le cadre de la mise en œuvre opérationnelle par arrêtés d’exécution.”

Krachtens de artikelen 30 en 9 van het besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 8 maart 2007 ‘betreffende de administratieve en begrotingscontrole evenals de begrotingsopmaak’ worden de voorontwerpen van ordonnantie “waardoor, rechtstreeks of onrechtstreeks, de ontvangsten kunnen worden beïnvloed, of nieuwe uitgaven kunnen ontstaan” voor advies voorgelegd aan de inspecteur van Financiën en is de voorafgaande akkoordbevinding van de Leden van het Verenigd College, bevoegd voor Financiën en Begroting, vereist.

Aangezien het mogelijk is dat de uitvoeringsbesluiten van dit voorontwerp van ordonnantie een budgettaire weerslag hebben, kunnen er door het voorliggende voorontwerp op zijn minst onrechtstreeks nieuwe uitgaven ontstaan.

De steller van het voorontwerp dient erop toe te zien dat de begrotingscontrole correct en vooraf uitgevoerd wordt.

VOORAFGAANDE OPMERKING

In advies 45.702/2, op 29 december 2008 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 9 juli 2010 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling’,¹ heeft de afdeling Wetgeving de volgende opmerking geformuleerd:

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met hogere rechtsnormen verstaan.

¹ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/45702.pdf>.

“Ainsi que la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé,² la nécessité d'assurer correctement la transposition de directives européennes et celle d'informer adéquatement le Parlement sur le choix des moyens que le Gouvernement lui propose de mettre en œuvre, commandent que des tableaux de transposition des directives en cause et des dispositions de l'avant-projet, soient établis dans les deux sens,³ soient annexés à la lettre de demande d'avis adressée à la section de législation afin d'en faciliter l'examen⁴ et soient joints au projet législatif lui-même.⁵ Ces tableaux sont en effet très utiles pour l'assemblée législative mais également pour les destinataires des règles. Ils permettent aussi d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres. Pareille exigence correspond par ailleurs aux considérants de plusieurs des directives que l'avant-projet examiné vise précisément à transposer.⁶

La nécessité d'établir et de communiquer les tableaux de transposition des directives concernées dans les deux sens est d'autant plus essentielle en ce qui concerne le présent avant-projet de décret, vu la complexité de son contexte juridique tant européen qu'interne: non seulement il procède à la transposition simultanée de plusieurs directives européennes présentant chacune leurs propres spécificités, mais en outre les compétences de la Commission communautaire française sont limitées par rapport au champ d'application de ces directives et, de plus, la matière se caractérise par une grande technicité juridique (...).”⁷

Het voorontwerp van ordonnantie geeft *mutatis mutandis* aanleiding tot dezelfde opmerking.

² Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Sur le caractère indispensable de l'établissement de pareils tableaux, tant pour l'auteur de l'avant-projet et le Parlement que pour la section de législation du Conseil d'État, voir aussi le rapport annuel du Conseil d'État, 2005-2006, n^{os} 15 à 17 (<http://www.conseildetat.be>) et notamment l'avis 44.742/4, donné le 9 juillet 2008, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de décret de la Communauté française « de la Communauté française relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination » (*Doc. parl.*, Parl. Comm. Fr., 2008-2009, n^o 601/1, pp. 91-92).

³ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Voir sur ce point *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, (<http://www.conseildetat.be>) qui requiert expressément l'établissement de deux tableaux de transposition: un tableau de correspondance entre les articles de la directive et ceux de l'acte de transposition et un tableau de correspondance entre les articles de l'acte de transposition et ceux de la directive (p. 118, §§ 191.1 et 191.2).

⁴ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: *Ibidem*, p. 118, § 192.

⁵ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: *Ibidem*, p. 118, § 193.

⁶ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Voir les considérants (29) de la directive 2004/113/CE, (41) de la directive 2006/54/CE en vertu desquels “(...) les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent, dans la mesure du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition et à les rendre publics”.

⁷ Zie in dezelfde zin advies 55.580/4, op 24 maart 2014 gegeven over een voorontwerp van ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest 'ertoe strekkende te strijden tegen bepaalde vormen van discriminatie bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten', opmerking 2, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/55580.pdf>.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. Het toepassingsgebied van de ontworpen ordonnantie

1. Luidens de toelichting bij artikel 5 ervan zal de ontworpen ordonnantie “toepasselijk zijn op de arbeidsbetrekkingen binnen de Diensten van het Verenigd College (...) alsook op het geheel van de aan de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie toevertrouwde bevoegdheden”. In de toelichting staat voorts:

“Derhalve, overeenkomstig de artikelen 135 van de Grondwet en 63 en 64 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen, zijn de door deze ordonnantie in het werk gestelde materiële bevoegdheden van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie de volgende:

– Wat het gezondheidsbeleid betreft, het beleid betreffende de zorgverstrekking in en buiten de verplegingsinrichtingen, met uitzondering van de bij artikel 5, § 1, I, 10, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der Instellingen aan de Federale overheid voorbehouden bevoegdheden en met uitzondering van de op het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad gevestigde universitaire ziekenhuizen;

– Wat de bijstand aan personen betreft:

1° het gezinsbeleid, met inbegrip van alle vormen van hulp en bijstand aan gezinnen en kinderen;

2° het beleid inzake maatschappelijk welzijn, met inbegrip van de organieke regels betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, met uitzondering van de bij artikel 5, § 1, II, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der Instellingen aan de Federale overheid voorbehouden bevoegdheden;

3° het beleid inzake onthaal en integratie van inwijkelingen;

4° het beleid inzake [mindervaliden], met inbegrip van de beroepsopleiding, de omscholing en de herscholing van [mindervaliden], met uitzondering van de bij artikel 5, § 1, II, 40, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der Instellingen aan de Federale overheid voorbehouden bevoegdheden;

5° het bejaardenbeleid met uitzondering van de vaststelling van het minimumbedrag, van de toekenningsvoorwaarden en van de financiering van het wettelijk gewaarborgd inkomen voor bejaarden;

6° de jeugdbescherming, met inbegrip van de sociale bescherming en de gerechtelijke bescherming, met uitzondering van de bij artikel 5, § 1, II, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der Instellingen aan de Federale overheid voorbehouden bevoegdheden;

7° de sociale hulpverlening aan gedetineerden met het oog op hun sociale re-integratie.

Dit artikel vermeldt dus de aspecten van bedoelde bevoegdheden die kunnen betrekking hebben op de bevordering van de diversiteit en de bestrijding van de discriminatie.

Bovendien in de aangelegenheden voor dewelke de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie bevoegdheden uitoefent inzake programmering, erkenning en/of betoelaging van instellingen, centra en diensten die zowel door een publiekrechtelijke of private rechtspersoon als door een natuurlijke persoon worden beheerd, passen wijzigingsbepalingen de bestaande ordonnanties aan aan de door onderhavige tekst vastgelegde beginselen en verplichtingen.

De begrippen ‘arbeidsbetrekkingen’ – ontsproten uit de Europese richtlijnen – en ‘administratie’ worden in artikel 3 gedefinieerd.”

De aldus door de steller van het voorontwerp te kennen gegeven bedoeling dat het ontworpen dispositief toepasselijk is op het geheel van de bevoegdheden van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie komt evenwel niet goed tot uiting in de tekst zelf van artikel 5 van het voorontwerp dat, inzonderheid in vergelijking met andere dispositieven van de federale overheid⁸ of van andere deelstaten met dezelfde bedoeling, restrictiever lijkt, aangezien daarin enkel vermeld wordt dat de ontworpen ordonnantie van toepassing is voor de volgende aangelegenheden:

- de toegang tot goederen en diensten en het verstrekken van goederen en diensten die ter beschikking van het publiek staan en die buiten de private en familiale sfeer worden aangeboden evenals de in dat verband uitgevoerde verrichtingen, waarbij de begrippen “goederen” en “diensten” zelf in de ontworpen tekst gedefinieerd worden door te verwijzen naar een achterhaald artikel van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (ontworpen artikel 3, 13° en 14°);
- de toegang tot, de deelname aan en iedere andere uitoefening van een economische, sociale of politieke activiteit die voor het publiek toegankelijk is;
- de arbeidsbetrekkingen binnen de Diensten van de Gemeenschappelijke Gemeenschaps-commissie.⁹

Artikel 5 zou, bijvoorbeeld naar het model van artikel 4 van het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 9 juli 2010 waarop het voorontwerp kennelijk gebaseerd is,¹⁰ aldus herschreven moeten worden dat er duidelijker uit blijkt dat de ontworpen ordonnantie van toepassing is op alle aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie behoren. Het toepassingsgebied van de bepaling moet in elk geval alle aangelegenheden omvatten die volgens richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000,¹¹ richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000,¹² richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004¹³ en richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006¹⁴ geregeld moeten worden en die tot de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke

⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 5 van de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’.

⁹ In de tekst zelf wordt verwezen naar de “Diensten van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie”, hetgeen, gelet op de definitie die ervan gegeven wordt in het ontworpen artikel 3, 16°, een ruimer begrip is dan de “Diensten van het Verenigd College”, waarnaar verwezen wordt in de voormelde toelichting.

¹⁰ Zie ook artikel 4 van het decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 19 maart 2012 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’.

¹¹ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 ‘houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming’.

¹² Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 ‘tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep’.

¹³ Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 ‘houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten’.

¹⁴ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 ‘betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking)’.

Gemeenschapscommissie behoren. Wat de eerstgenoemde richtlijn betreft (artikel 3, lid 1, e) en f)), is zulks onder meer het geval voor die aspecten van de “sociale bescherming” en de “sociale voordelen”, in de zin van die richtlijn, die inderdaad tot de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie behoren.

Artikel 5 moet in die zin worden herzien.

II. De definitie van de “rechtstreekse discriminatie” en de “onrechtstreekse discriminatie” en de rechtsregels die ermee verband houden

1. De ontworpen tekst doet verscheidene vragen rijzen en geeft aanleiding tot veel kritiek over de wijze waarop de begrippen “rechtstreekse discriminatie” en “onrechtstreekse discriminatie” erin gedefinieerd worden en de regeling inzake de rechtvaardiging van het gedrag dat rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie oplevert wordt ingevoerd.

2. In de Franse tekst wordt in artikel 3, 6°, van het voorontwerp “discrimination directe” gedefinieerd als “toute discrimination” op grond van één van de opgesomde criteria, hetgeen een tautologie vormt. De Nederlandse tekst van diezelfde bepaling vertoont niet hetzelfde gebrek, maar is niettemin onvoldoende duidelijk. In die bepaling wordt elk verschil in behandeling dat rechtstreeks gebaseerd is op één van de opgesomde criteria immers zonder meer gelijkgesteld met een verboden discriminatie. Nochtans wordt in de artikelen 10, 11, 13 en 14 van het voorontwerp juist melding gemaakt van situaties waarin een verschil in behandeling dat rechtstreeks gebaseerd is op één van die criteria niet als een verboden rechtstreekse discriminatie beschouwd moet worden. Een probleem van dezelfde aard rijst wat de verboden “onrechtstreekse” discriminatie betreft: zowel de Nederlandse als de Franse tekst van het ontworpen artikel 3, 7°, laten uitschijnen dat “elke bepaling, maatstaf of handelwijze” die mogelijk de omschreven nadelige gevolgen heeft een verboden onrechtstreekse discriminatie oplevert, terwijl het ontworpen artikel 12 onder meer voorziet in een algemene rechtvaardigingsgrond voor een dergelijke “bepaling, maatstaf of handelwijze”.

Ter wille van de duidelijkheid zou in het voorontwerp, net zoals in de federale wetgevingen waarop het gebaseerd is, een verschil gemaakt moeten worden in de definities tussen (rechtstreeks of onrechtstreeks) “onderscheid” en (rechtstreekse of onrechtstreekse) “discriminatie”.

3. Bovendien blijkt uit het ontworpen dispositief dat het verschil in behandeling dat rechtstreeks gebaseerd is op één van de beschermde criteria, ongeacht het bedoelde criterium en het betrokken toepassingsgebied, slechts in een beperkt aantal gevallen gerechtvaardigd zal kunnen worden, namelijk indien er sprake is van:

- het bestaan van een wezenlijke, werkelijke en bepalende beroepsvereiste wat de arbeidsverhoudingen betreft (artikel 10);
- onder voorwaarde van evenredigheid, een onderscheid op grond van leeftijd (artikel 11, § 1);

- onder voorwaarde van evenredigheid, een onderscheid op grond van geslacht op het gebied van het verstrekken van goederen en diensten (artikel 11, § 2);
- onder voorwaarde van evenredigheid, een onderscheid dat als een “positieve actie” bestempeld kan worden (artikel 13);
- en ten slotte van een onderscheid dat opgelegd wordt door of krachtens een wet of een ordonnantie (artikel 14).

In de lijn van de logica van het voorontwerp zou een onderscheid in behandeling dat niet met één van die situaties in verband gebracht kan worden absoluut verboden zijn. Dat kan niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp zijn. Het in het ontworpen dispositief vervatte absoluut verbod zou bovendien onverwachte gevolgen kunnen hebben.

Bijgevolg wordt de steller van het voorontwerp door de afdeling Wetgeving verzocht om, naar het model van de federale wetgeving¹⁵ en andere wetgeving van de deelstaten,¹⁶ als principe te hanteren dat een onderscheid in behandeling dat rechtstreeks gebaseerd is op een beschermd criterium steeds gerechtvaardigd kan worden door een legitiem doel en onder voorwaarde van evenredigheid, tenzij bij uitzondering een strengere regeling toegepast wordt, inzonderheid wanneer dat vereist is overeenkomstig het recht van de Europese Unie.

4. Het ontworpen artikel 12 voert een algemene regeling in voor het rechtvaardigen van een onderscheid in behandeling dat onrechtstreeks gebaseerd is op één van de beschermde criteria. Het gaat om een “open” regeling gebaseerd op het vereiste van een legitiem doel en op de voorwaarde van evenredigheid. Bijgevolg is het niet noodzakelijk om bij de in de artikelen 10 en 11 van het voorontwerp vermelde specifieke rechtvaardigingsgronden melding te maken van het geval van de “onrechtstreekse” discriminatie.

5. Ten slotte zijn verscheidene ontworpen dispositieven niet in overeenstemming met hetgeen de relevante Europese richtlijnen voorschrijven of mogelijk maken met betrekking tot de rechtvaardiging van een verschil in behandeling.

Zo bijvoorbeeld bepaalt artikel 4, lid 5, van richtlijn 2004/113/EG dat ze “geen beletsel [vormt] voor verschillen in behandeling indien de levering van de goederen en diensten aan, uitsluitend of hoofdzakelijk, leden van een bepaald geslacht door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”. Het is dus niet de bedoeling om, naar het voorbeeld van wat het ontworpen artikel 11, § 2, bepaalt, onder de voorwaarden van evenredigheid en van een legitiem doel, eender welk onderscheid in behandeling op grond van geslacht toe te staan bij de levering van goederen en diensten.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 7 van de wet van 10 mei 2007.

¹⁶ Zie artikel 5, derde lid, van het decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 19 maart 2012; artikel 7 van de wet van 10 mei 2007; artikel 7 van het decreet van het Waals Gewest van 6 november 2008 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’; artikel 6 van het Vlaams decreet van 10 juli 2008 ‘houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid’.

Voorts en in tegenstelling tot wat gesuggereerd wordt in het ontworpen artikel 12, 2°, kan de exceptie ontleend aan de onmogelijkheid om redelijke aanpassingen te doen ten behoeve van de persoon met een handicap niet zonder nadere toelichting aangevoerd worden met betrekking tot elk “verschil in behandeling op grond van een handicap”, maar enkel, volgens de logica van artikel 2, lid 2, b), van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000, met betrekking tot een onderscheid in behandeling dat onrechtstreeks gebaseerd is op een handicap.

6. Het voorontwerp van ordonnantie dient in het licht van die opmerkingen grondig herzien te worden.

III. De gelijkstelling van het onderscheid in behandeling dat rechtstreeks op het geslacht is gebaseerd en het verschil in behandeling dat op andere criteria steunt

Artikel 3, 6°, van het voorontwerp inventariseert het onderscheid in behandeling op grond van “geslacht”, “moederschap”, “zwangerschap”, “bevalling” en “geslachtsverandering” als aparte categorieën. *A contrario* volgt daaruit dat de passages waarin het voorontwerp enkel uitdrukkelijk melding maakt van het onderscheid in behandeling die rechtstreeks op “geslacht” is gebaseerd, niet gaan over onderscheid in behandeling op grond van “moederschap” of “bevalling”. Dat is het geval voor artikel 11, § 2, van het voorontwerp.

Dat gevolg is niet in overeenstemming met wat in de geldende Europese richtlijnen is bepaald. Volgens overweging 23 van de aanhef van richtlijn 2006/54/EG “[blijkt uit] de jurisprudentie van het Hof van Justitie (...) duidelijk dat de ongunstige behandeling van een vrouw die verband houdt met zwangerschap of moederschap een directe discriminatie op grond van geslacht vormt”. Overweging 20 van de aanhef van richtlijn 2004/113/EG preciseert harerzijds in dezelfde zin dat “[h]et ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap of moederschap moet worden beschouwd als een vorm van directe discriminatie op grond van geslacht”.

De afdeling Wetgeving heeft in haar advies 50.114/2/V, op 23 augustus 2011 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van het Waals Gewest van 12 januari 2012 ‘tot wijziging van het decreet van 6 november 2008 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’,¹⁷ het volgende gesteld:

“Selon l’exposé des motifs, la volonté est notamment de faire clairement apparaître que ‘la grossesse, l’accouchement et la maternité, ou encore le transsexualisme et le changement de sexe’ sont des critères apparentés au sexe et font donc partie des critères protégés.

Il n’est néanmoins pas certain que la simple modification de l’article 4, 5°, du décret suffise à ce que, dans tout le corps du texte, l’interdiction de discriminer sur la base du sexe englobe ces critères apparentés. Il en va notamment ainsi de l’article 8 du décret, qui ne vise qu’une discrimination fondée sur le sexe sans plus viser les critères apparentés.

¹⁷ Advies 50.114/2/V, op 23 augustus 2011 gegeven over een voorontwerp van decreet van het Waals Gewest ‘modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination’ (*Parl.St.* W.Parl. 2011-12, nr. 490/1, 9), <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/50114.pdf>.

La sécurité juridique serait mieux assurée si le décret s'inspirait de la même logique de l'article 4 de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', qui dispose:

‘§ 1^{er}. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe.

§ 2. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur le changement de sexe est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe’.

L'exposé des motifs du projet de loi justifiait ainsi l'adoption de cette disposition:

‘Dans son premier paragraphe, cet article prévoit que la distinction directe sur la base de la grossesse, de l'accouchement ou de la maternité est assimilée à une distinction directe sur la base du sexe. Le deuxième paragraphe prévoit que la distinction directe sur la base du changement de sexe est assimilée à la distinction directe sur la base du sexe.

Pour que les obligations européennes de la Belgique soient correctement respectées, il est impératif que les distinctions de traitement fondées directement sur la grossesse, l'accouchement et la maternité soient traitées comme des distinctions directes fondées sur le sexe (voy. notamm. l'art. 4, § 1^{er}, a, de la directive 113/2004, ainsi que C.J.C.E., 177/88, arrêt Dekker du 8 novembre 1990. Voy. égal. l'actuel article 4, al. 2, de la loi du 7 mai 1999), et non comme des distinctions indirectes fondées sur le sexe. Le régime de justification n'est en effet pas identique dans l'un et l'autre cas.

L'assimilation des distinctions de traitement fondées sur le changement de sexe à des distinctions directes fondées sur le sexe est un enseignement issu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E., C-13/94, arrêt P/S du 30 avril 1996)¹⁸.

L'article 3, 2°, actuel du décret et l'article 4, 5°, en projet (article 2 de l'avant-projet) doivent être revus en conséquence.”

Het voorliggende voorontwerp moet in het licht van die opmerking worden herzien.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 3

1. De vraag rijst waarom, anders dan in artikel 5, 10°, van het decreet van 9 juli 2010 waarop het voorontwerp is gebaseerd, het begrip “bezoldiging” hier niet wordt gedefinieerd, terwijl het als basis dient voor de berekening van de schadevergoeding die in artikel 16, § 2, 2°, van het voorontwerp wordt vastgesteld. De steller van het voorontwerp moet nagaan of het niet opportuun is dat begrip te definiëren.

¹⁸ Voetnoot 2 van het geciteerde advies: *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51 2721/1, pp. 37-38.

2. De afdeling Wetgeving vraagt zich af of er een bijzondere reden is waarom in punt 1°, naast de “voorwaarden voor toegang” met inbegrip van “de selectie- en aanstellingscriteria”, niet is voorzien in de aanstellingsvoorwaarden, naar het voorbeeld van wat in artikel 5, 9°, van het decreet van 9 juli 2010 is bepaald.

3. De afdeling Wetgeving begrijpt niet waarom in punt 2° het begrip “werknemer” moet worden gedefinieerd. Ze merkt daarenboven op dat de reglementering van bepaalde arbeidsverhoudingen waarop de voorgestelde definitie slaat, buiten de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie valt.

4. De vraag rijst waarom in de Franse tekst van punt 4°, anders dan in artikel 5, 18°, van het decreet van 9 juli 2010, het begrip “règlements collectifs” niet ook genoemd wordt in de definitie van het woord “dispositions”, aangezien de arbeidsreglementen die noch “bestuursrechtelijke bepalingen”, noch “individuele of collectieve overeenkomsten”, noch “eenzijdig uitgevaardigde documenten” zijn, tot die categorie behoren.

Voor de volledigheid van de norm moet in de Franse tekst het begrip “règlement collectif” aan de opsomming worden toegevoegd.

5. De verwijzingen naar het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap in de punten 13° en 14° moeten worden vervangen door verwijzingen naar het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

6. In punt 14° moet de verwijzing naar artikel 5, 3°, worden vervangen door een verwijzing naar artikel 5, 1°.

Artikel 4

Zoals over een soortgelijke bepaling is opgemerkt in advies 45.702/2, op 29 december 2008 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 9 juli 2010, is het artikel niet normatief.

Het moet dus worden weggelaten.

Artikel 6

De bepaling staat in hoofdstuk III met als opschrift “Bevordering van de diversiteit”. Dat hoofdstuk schrijft in het bijzonder voor dat “elke instelling, centrum en dienst die” (lees: elke instelling en elke dienst die en elk centrum dat) erkend wordt door of onder het toezicht valt van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie een “actieplan diversiteit” opstelt, maar het zegt niets over het doel of de inhoud van dat actieplan. Aldus komt het verband dat de steller van het voorontwerp lijkt te willen leggen tussen dat hoofdstuk en hoofdstuk IV “Bestrijding van discriminatie”, niet duidelijk naar voren.

Er moet immers worden opgemerkt dat acties die erop gericht zijn het aspect “diversiteit” in het beleid van het Verenigd College te integreren, niet noodzakelijk en onlosmakelijk verbonden zijn met het verankeren van het beginsel van gelijke behandeling en met de acties “ter bestrijding van discriminatie”. Acties inzake diversiteit kunnen weliswaar bijvoorbeeld positieve acties omvatten ter bevordering van de gelijke behandeling door het bestrijden van discriminatie, maar ze kunnen ook een heel ander doel dienen zoals bijvoorbeeld, in navolging van wat is bepaald in de ordonnantie van 4 september 2008 ‘ertoe strekkende een diversiteitsbeleid te bewerkstelligen in het Brussels ambtenarenapparaat’, een “geheel van maatregelen ter bevordering van de vertegenwoordiging van alle bevolkingsgroepen”,¹⁹ wat niet hetzelfde is als maatregelen ter preventie of ter bestrijding van discriminatie.

Doordat de steller van het voorontwerp die twee aangelegenheden in eenzelfde tekst regelt zonder te differentiëren naar hun respectieve doelstellingen, wekt hij echter de indruk dat de twee categorieën acties die hij beoogt te bevorderen, samenvallen, wat niet altijd het geval blijkt te zijn. Dat is in ieder geval geen waarborg voor de leesbaarheid en de duidelijkheid van de verschillende maatregelen.

In de memorie van toelichting of in de toelichting bij het artikel moet worden gepreciseerd met welke bedoeling de steller van het voorontwerp de acties inzake diversiteit en de acties ter preventie of ter bestrijding van discriminatie met elkaar verbindt en hoe die acties zich tot elkaar verhouden om die doelstellingen te realiseren.²⁰

Artikel 7

Men schrijve “Elke instelling en elke dienst die en elk centrum dat erkend wordt door of onder het toezicht valt van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, zoals bedoeld in artikel 6, § 1, bezorgt ... (voorts zoals in het ontwerp)”.

Artikel 11

Het woord “soit” moet uit de Franse tekst worden weggelaten.

Artikel 17

1. In paragraaf 1 moet artikel 26 worden vermeld in plaats van artikel 27.

¹⁹ Volgens de toelichting van het voorstel dat aan de basis van die ordonnantie ligt, “strekt [die ordonnantie] ertoe de sociale gemengdheid te bevorderen, alsook de vertegenwoordiging van alle bevolkingsgroepen in het overheidsambt” (*Parl.St. Br.Parl.* 2005-06, nr. A-281, 8).

²⁰ De steller moet zich daarbij afvragen of het niet beter zou zijn afzonderlijke wetgevende teksten aan te nemen waarin elke aangelegenheid afzonderlijk wordt behandeld.

2. De woorden “Het geadieerde rechtscollege” moeten worden vervangen door de woorden “De voorzitter van het bevoegde rechtscollege”,²¹ zodat men binnen de grenzen van de impliciete bevoegdheden blijft.

3. De machtiging in paragraaf 4, tweede lid, is niet aanvaardbaar ten aanzien van het legaliteitsbeginsel dat in gerechtszaken geldt. De vorm en de inhoud van en de nadere regels in verband met het verzoekschrift moeten door de wetgever worden vastgesteld, bijvoorbeeld zoals in artikel 17, § 4, van het decreet van 9 juli 2010.

Artikelen 19 en 20

Op de vraag waarom, anders dan in het decreet van 9 juli 2010, geen afdeling IV is ingevoegd met als opschrift “Strafrechtelijke bepalingen” en waarom niet is voorzien in een soortgelijke bepaling als artikel 19 van dat decreet waarin het begrip “discriminatie” voor de toepassing van die afdeling wordt gedefinieerd, heeft de gemachtigde van het lid van het Verenigd College geantwoord dat “le texte sera modifié en conséquence”.

Het woord “opzettelijk” moet bijgevolg uit artikel 20 worden weggelaten.

Artikel 24

Om te voldoen aan de vereisten van de toepasselijke Europese richtlijnen, moet de regeling inzake de verdeling van de bewijslast die artikel 24 invoert, gelden voor alle vormen van discriminatie die artikel 9, § 2, van het voorontwerp vermeldt, en niet alleen voor “rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie”.

Artikel 25

1. Artikel 25 van het voorontwerp voert een regeling in ter bescherming tegen “represailles” die een persoon zou kunnen ondervinden als reactie op een klacht wegens niet-inachtneming van de verplichtingen die het voorontwerp oplegt.

Met het oog op een correcte tenuitvoerlegging van de relevante communautaire richtlijnen, moet dat dispositief niet alleen op het gebied van de arbeidsverhoudingen²² maar ook daarbuiten toepasselijk zijn.²³

Volgens de bespreking van artikel 25 van het voorontwerp voorziet dat artikel wel degelijk in de aldus vereiste ruime toepasselijkheid: “Artikel 25 beschermt tegen represaillemaatregelen die zouden kunnen worden genomen na het indienen van een klacht voor

²¹ Zie artikel 17 van het decreet van 9 juli 2010.

²² Zie artikel 11 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000, <http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>.

²³ Zie artikel 9 van richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 en artikel 10 van richtlijn 2004/113/EG.

discriminatie. (...) Deze bescherming weidt natuurlijk verder uit dan de arbeidsbetrekkingen die binnen de Diensten van het Verenigd College worden aangegaan. Zo vindt de bescherming tegen represaillemaatregelen eveneens haar toepassing ten aanzien van een erkende en/of betoelaagde instelling, centrum of dienst die zijn diensten niet meer zou verlenen aan een persoon die een klacht voor discriminatie heeft neergelegd”.

De aldus weergegeven bedoeling blijkt onvoldoende uit de tekst van het voorontwerp zelf, die in essentie alleen lijkt te verwijzen naar het geval van vergeldingsmaatregelen binnen de arbeidsverhouding. De tekst zelf van het dispositief moet op dat punt duidelijker worden geredigeerd.

2. Het is niet meteen duidelijk welk nut het begrip “nadelige maatregel” heeft: dat begrip is overigens niet gedefinieerd in het decreet van 9 juli 2010.

Bovendien is het feit dat meer bepaald alleen voorbeelden in verband met arbeidsverhoudingen worden aangehaald, terwijl de ontworpen ordonnantie niet enkel op de arbeidsverhoudingen slaat, maar ook op de toegang tot de goederen en diensten in de zin van artikel 3, 13° en 14°, van het voorontwerp, een te beperkte illustratie van de werkingssfeer van de ontworpen ordonnantie. Het zou beter zijn om die voorbeelden en nog andere die een omvattender beeld zouden geven van die werkingssfeer in de toelichting bij het artikel te geven, en die definitie weg te laten. Het staat dan aan de rechter om te oordelen of er sprake is van een nadelige maatregel in de zin van de ontworpen ordonnantie.

3. De woorden “ter post” in de paragrafen 2, tweede lid, en 4, tweede lid, moeten worden weggelaten.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE

Pierre LIÉNARDY